

DOI: 10.33242/rbdc.2021.02.013

# CONTORNOS DAS GARANTIAS AUTÔNOMAS NO DIREITO BRASILEIRO

## CONTOURS OF AUTONOMOUS GUARANTEES IN BRAZILIAN LAW

**Gustavo Tepedino**

Professor Titular de Direito Civil e Ex-Diretor da Faculdade de Direito  
da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**Danielle Tavares Peçanha**

Mestranda em Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

---

**Resumo:** O presente ensaio tem por objeto o exame da admissibilidade e da regulação das *garantias autônomas*, que ganham cada vez mais destaque em dimensão global, em meio à complexidade das relações comerciais, bancárias e empresariais. Com base na liberdade contratual e na autonomia privada no campo obrigacional, que permite às partes ajustarem arranjos atípicos de modo a regulamentar seus centros de interesses, entende-se plausível a criação de modalidade de garantia completamente nova (ou que correlacione elementos de garantias já existentes), condicionada à compatibilidade de sua função com os valores do ordenamento. Em panorama de modalidades tradicionais de garantia que se mostram insuficientes, propõe-se que, embora atípicas, as *garantias autônomas* devam ser examinadas funcionalmente, o que possibilitará a sua aplicabilidade *in concreto*, à luz da constitucionalização do sistema jurídico.

**Palavras-chave:** Garantias autônomas. Autonomia privada. Liberdade contratual. Atipicidade.

**Abstract:** This paper aims to examine the admissibility and regulation of autonomous guarantees, which are increasingly present in a global dimension, amid the complexity of commercial, banking and business relations. Considering the contractual freedom and private autonomy in the scope of obligations, which allows the parties to adjust atypical arrangements in order to regulate their centers of interest, the creation of a completely new type of guarantee (or one that correlates elements of existing guarantees) is understood as plausible, conditioned to the compatibility of their function with the values of the ordering. In a panorama of traditional guarantee modalities that prove to be insufficient, it is proposed that, although atypical, autonomous guarantees should be studied from a functional perspective, which will enable their applicability in concrete, in the light of the constitutionalization of the legal system.

**Keywords:** Autonomous guarantees. Private autonomy. Contractual freedom. Atypicality.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Delimitação conceitual e desenvolvimento das *garantias autônomas* – **3** *Garantias autônomas vs. garantias tradicionais*: notas sobre acessoriedade e autonomia das *garantias* – **4** Vantagens e limites das *garantias autônomas* – **5** Conclusão

## 1 Introdução

Na seara do sistema de garantias, cuja função precípua é assegurar ao credor a satisfação do crédito, têm adquirido cada vez mais espaço as chamadas *garantias autônomas*, como decorrência direta das atividades frequentemente realizadas por instituições financeiras e bancárias. O contrato, como se sabe, constitui-se no principal instrumento para a realização da autonomia privada, que se expressa no acordo de vontades. Assim, figuras como a garantia autônoma desenvolvem-se gradativamente no cenário internacional e nos diferentes sistemas jurídicos, diante de complexas transações comerciais, bem como propiciam discussões em torno de sua admissibilidade e de seu arcabouço regulatório.

Tal evolução conceitual implica o necessário afastamento do vetusto método subsuntivo,<sup>1</sup> amparado por categorias abstratas e exclusivamente voltado aos elementos estruturais da relação jurídica. Por outro lado, a função dos institutos, e, especialmente aqui, dos contratos, determinará a estrutura a ser adotada,<sup>2</sup> atentando-se à principiologia constitucional, que funciona como parâmetro interpretativo e vetor normativo proeminente nas múltiplas situações fáticas que se colocam ao jurista diuturnamente. A rigor, não se trata de se limitar aos instrumentos estruturais oferecidos pelo ordenamento, para, então, procurar conformá-los à atividade examinada. Deve o intérprete, ao contrário, uma vez identificada a atividade (e sua função), determinar o instrumento jurídico adequado a realizá-la, desde que merecedora de tutela.

Uma vez reconhecida a legitimidade da autonomia privada no âmbito do mesmo sistema jurídico que agrega e concilia valores sociais e existenciais, também o direito das obrigações e dos contratos deverá tencionar à realização do tecido normativo constitucional.<sup>3</sup> Segundo critérios funcionais e dinâmicos, deve-se privilegiar, nas relações patrimoniais, o escopo econômico dos titulares e a liberdade contratual. Justifica-se, desse modo, a criação de modalidade de garantia completamente nova (ou que correlacione elementos de garantias já existentes), tal como já reconhecido no Enunciado nº 582 da VII Jornada de Direito Civil,<sup>4</sup> desde que sua função seja compatível com os valores do ordenamento.

<sup>1</sup> Sobre o tema, v. TEPEDINO, Gustavo. O caso da subsunção. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III. p. 443-445.

<sup>2</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 106-107.

<sup>3</sup> Cfr. KONDER, Carlos Nelson. Interpretação dos contratos, interpretação da lei e qualificação: superando fronteiras. *Revista Scientia Iuris*, v. 19, 2015.

<sup>4</sup> Enunciado nº 582, aprovado na VII Jornada de Direito Civil do CJF: "Com suporte na liberdade contratual e, portanto, em concretização da autonomia privada, as partes podem pactuar garantias contratuais atípicas".

Como manifestação direta da autonomia privada, as partes frequentemente concebem arranjos atípicos (art. 425, Código Civil), ajustando-os a seus específicos regulamentos de interesses. As garantias autônomas, desse modo, surgem como fruto da liberdade contratual, com o escopo de atender às demandas empresariais e econômicas, facilitando o recebimento do crédito em caso de inadimplemento pelo devedor. Em resposta às insuficiências das modalidades tradicionais de garantia – quer sejam pessoais; quer sejam reais –, desenvolveu-se instrumento que propicia maior dinamismo às relações comerciais, cujo escopo envolve acentuada autonomia com relação à obrigação principal.

A atipicidade inerente às garantias autônomas não as subtrai da tábua axiológica do ordenamento.<sup>5</sup> Muito ao contrário, a identificação de sua função – ou a síntese de efeitos essenciais<sup>6</sup> aos quais se destina a garantia – será de primordial importância para o controle de merecimento de tutela e definição da disciplina a ela aplicável, permitindo a construção do ordenamento do caso concreto, sempre à luz da unidade axiológica do sistema.

## 2 Delimitação conceitual e desenvolvimento das garantias autônomas

A garantia autônoma cumpre a função de garantia do crédito. Não obstante variedade de significados que este último conceito pode assumir,<sup>7</sup> associa-se normalmente a instrumentos jurídicos destinados a assegurar a realização de direito subjetivo patrimonial do credor, para o caso de inadimplemento do devedor.<sup>8</sup> Sob

<sup>5</sup> Acerca da necessária recondução da concreta função contratual à unidade axiológica do ordenamento, leciona Pietro Perlingieri: “Il contenuto del contratto concorre, invece, all’individuazione degli effetti della fattispecie e, quindi, alla sua interpretazione e qualificazione. Ciò che rileva è individuare l’insieme delle clausole contrattuali e degli effetti legali quale contenuto di quel particolare determinato contratto, a prescindere della tipicità o dalla atipicità” (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*. 3. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006. p. 356). Acerca das novas formas contratuais, sublinha Arnaldo Rizzardo: “Há uma infinidade de relações bilaterais que quotidianamente as pessoas realizam, embora não moldadas em tipos criados pelo direito positivo. Para cada forma, porém, encontram-se fundamentos ou normas no direito substantivo, conquanto não prevista na legislação a conduta contratual” (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.381).

<sup>6</sup> PUGLIATTI, Salvatore. *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*. In: PUGLIATTI, Salvatore. *Diritto civile: metodo – teoria – pratica*. Milano: Giuffrè, 1951. p. 110-111.

<sup>7</sup> “A expressão garantia é tomada, no direito, em vários sentidos. Uma vez, é a responsabilidade imposta ao alienante pela integridade do direito, que ele transfere ou pelas qualidades da coisa alienada. [...] Outras vezes, a lei garante preferencia a certos credores sobre outros, com no caso dos privilégios geraes ou especiaes. E ainda, além dos casos particulares, assignalam-se a garantia real, que assegura a solução do credito, vinculando ao pagamento delle determinados bens, e a garantia pessoal da fiança” (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 2. p. 9-10).

<sup>8</sup> RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 87-88. Orlando Gomes afirma que a lei põe à disposição do credor, numa relação obrigacional, diversas *garantias* que têm a função

tal concepção, estariam contempladas as garantias reais – como a hipoteca e o penhor –, em que o credor ganha preferência e seqüela sobre certo bem, cujo valor servirá à satisfação da obrigação em caso de inadimplemento do devedor;<sup>9</sup> e as garantias pessoais – como a fiança –, em que terceiro responde com seu patrimônio pela satisfação da dívida.

No âmbito das garantias pessoais, que convivem harmonicamente com a lógica da atipicidade,<sup>10</sup> a autonomia privada passou a conceber novos contratos que sustentam operações complexas realizadas no âmbito empresarial, tornando mais segura e eficiente a satisfação do credor. Nesse cenário, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, agentes do comércio internacional, a fim de promover maior estabilidade aos negócios, passaram a vindicar mecanismos de contratação que pudessem garantir soluções mais eficazes para os casos de inadimplemento.<sup>11</sup> Além disso, às entidades garantidas representava grande inconveniente a dependência das regras específicas de cada país, com suas garantias típicas e regras próprias.

Com registros no sistema norte-americano, as garantias autônomas, sob a forma das *standby letters of credit* (ou apenas *standby*) e das *demand guarantees*,<sup>12</sup> simbolizaram a saída encontrada pelas instituições de crédito em

---

de acautelar seu interesse. Segundo o autor, “as medidas acautelatórias consistem nas garantias que, por acordo entre as partes, visam a reforçar o direito do credor, proporcionando maior facilidade para a realização do crédito” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 231). Em sistematização sobre as garantias das obrigações, afirma Adalberto Pasqualotto que a relação jurídica que surge da constituição da garantia seria atributiva de um direito expectativo ao sujeito outorgado e, de outro lado, de uma responsabilidade ao sujeito outorgante. Em continuação: “O direito expectativo permitirá ao outorgado obter a compensação do que perder se advier a concretização do risco com lesão ao seu interesse. A responsabilidade põe o sujeito outorgado em posição passiva, tendo de responder de modo objetivo se o fato previsto acontecer” (PASQUALOTTO, Adalberto. *Garantias no direito das obrigações: um ensaio de sistematização*. Porto Alegre: UFRGS, 2008. p. 4).

<sup>9</sup> Para o exame das garantias reais, permita-se remeter a TEPEDINO, Gustavo; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo. *Fundamentos do direito civil: direitos reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 5. p. 399-438.

<sup>10</sup> “Este princípio da atipicidade dos contratos mostra-se tanto mais significativo, se se considerar que noutros importantes sectores do direito privado, vigora, pelo contrário, um princípio oposto: o princípio da ‘tipicidade’ ou do ‘*numerus clausus*’. Este encontra aplicação, por exemplo, em matéria de direitos reais e de negócios unilaterais e implica, em concreto, que os sujeitos não são livres de constituir direitos reais diferentes dos taxativamente previstos e disciplinados – justamente em número fechado – pelo legislador, nem de assumir, validamente, obrigações com uma manifestação unilateral de vontade própria, para além das hipóteses e das figuras legislativamente definidas” (ROPPO, Enzo. *O contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 134-135).

<sup>11</sup> MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 71.

<sup>12</sup> Não existe, do ponto de vista jurídico, diferenças entre as duas figuras, tendo em vista que ambas seguem regime muito semelhante e têm a mesma função. A distinção diz respeito tão somente à prática negocial, reservando-se as *demand guarantees*, em geral, às obrigações de pagamento em dinheiro, enquanto que as *standby letters* poderiam garantir operações financeiras diversificadas, apresentando escopo mais amplo.

face ao impedimento de emissão de garantias imposto pela chamada *no-guaranty rule*.<sup>13</sup> Em outras palavras, o desenvolvimento da denominada *standby letter of credit* deve-se às restrições impostas pela legislação dos EUA à concessão de garantias pelos bancos norte-americanos. Diante do impeditivo legal, optou-se pelo termo *standby letter of credit* – oriundo das *commercial letters of credit* –,<sup>14</sup> evitando-se a terminologia das garantias. Embora os bancos norte-americanos não se submetam mais a tais restrições, consolidou-se na prática bancária o uso das *standby letters*, sobretudo em transações internacionais.<sup>15</sup>

Dessa forma, a evolução dos negócios internacionais corroborou o surgimento de uma garantia repleta de dinamismo, livre de entraves e que poderia prescindir, tanto quanto possível, da comprovação do inadimplemento do devedor principal.<sup>16</sup> O beneficiário da garantia autônoma tem direito ao recebimento do valor constante na garantia mediante simples demanda – eventualmente condicionada à apresentação de documentos específicos. Trata-se de garantia pessoal,<sup>17</sup> tal como a fiança, que se caracteriza por ser invulnerável aos meios de defesa atinentes à relação obrigacional à qual se liga.

Não obstante sua origem remonte historicamente à prática estabelecida por instituições financeiras em contratos internacionais, a garantia autônoma acaba ganhando amplo espaço nos contratos internos dos diversos países, devido à

<sup>13</sup> A medida tinha o escopo de evitar a exposição dos bancos a situações de risco que pudessem comprometer o sistema financeiro, estabelecendo que a prestação de garantias não faria parte do feixe de atividades que as instituições poderiam livremente realizar. V. LORD, Richard A. The no-guaranty rule and the standby letter of credit controversy. *Banking L.J.*, v. 96, 46, 52, 1979.

<sup>14</sup> “The ‘standby’ letter of credit differs fundamentally from the conventional or ‘sales’ letter, because it resembles in function more a guarantee than a sales letter of credit. For example, while payment under the sales letter of credit is virtually certain and is in fact intended, the standby letter theoretically provides for payment only if the customer defaults in his contractual obligations” (VAART, H. J. van der. Standby Letters of Credit and the problem of bad faith calls. *Yale Journal of International Law*, v. 8, p. 36-61, 1981).

<sup>15</sup> TEPEDINO, Gustavo; ROQUE, Andre; DIAS, Antônio Pedro Medeiros; VIÉGAS, Francisco de Assis; OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Garantias do crédito*. Rio de Janeiro; São Paulo; Brasília: Gustavo Tepedino Advogados, 2018. p. 78-80. Ilustrativa da atualidade do tema, evocando o conceito de *standby letter of credit* para fins de análise de seus efeitos diante do inadimplemento da obrigação garantida, remeta-se à recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Al nº 2153640-28.2019.8.26.0000 SP. Rel. Araldo Telles, j. 14.7.2020. *DJe*, 15 jul. 2020.

<sup>16</sup> HUCK, Hermes Marcelo. Garantia à primeira solicitação no comércio internacional. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, v. 5, p. 447-458, fev. 2012. Em sequência, afirma o autor: “Em nome da eficiência, era preciso agilizar a execução da garantia internacional. O desejo de obter garantias próximas do absoluto imediatismo, da autonomia e da liquidez perfeita passou a inspirar o comércio internacional”.

<sup>17</sup> “As garantias pessoais caracterizam-se assim por implicarem um reforço da garantia geral, tornando responsáveis à face do credor outra ou outras pessoas diferentes, o que implica consequentemente a vinculação dos patrimônios destas à satisfação do direito de crédito. Para além disso, normalmente o garante da obrigação assegurada adquire, em caso de pagamento, ou o crédito, em resultado da sub-rogação, ou um direito de regresso sobre o primitivo devedor” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 85).

segurança que promove ao garantido e, conseqüentemente, ao sistema de crédito como um todo. No direito francês, por exemplo, além de largamente praticada e reconhecida pela jurisprudência,<sup>18</sup> a garantia autônoma ganhou acento legal e disciplina própria, tendo sido introduzida no *Code Civil*, no art. 2.321,<sup>19</sup> pela reforma do direito das garantias, ocorrida em 2006.

Apesar disso, a figura não é consagrada nas leis da maior parte dos países em que é utilizada. Na experiência brasileira, a despeito de inexistir legislação específica, a garantia autônoma mostra-se amplamente reconhecida pela doutrina<sup>20</sup> e jurisprudência.<sup>21</sup>

### 3 Garantias autônomas vs. garantias tradicionais: notas sobre acessoriedade e autonomia das garantias

A garantia autônoma é caracterizada por sua independência em relação à obrigação cujo crédito visa garantir, proporcionando assim maior segurança às relações comerciais. Substancialmente, traduz garantia exigível pelo credor beneficiário independentemente de disputas com o devedor da obrigação.<sup>22</sup> Ainda que

<sup>18</sup> «La seule référence, dans le même acte, à l'engagement du garant d'effectuer s'il en recevait l'ordre, le versement des sommes dont l'entrepreneur serait débiteur au titre de cet acompte qui n'emportait pas pour lui obligation de se reporter aux modalités d'exécution du contrat de base pour évaluer sa propre obligation, n'était pas de nature à disqualifier le contrat» (Cour de Cassation, Com. 7 juin 2006, nº 05-11.779. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007504780>).

<sup>19</sup> *Code Civil*, art. 2321: "La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie".

<sup>20</sup> Entre outros, v. GALBETTI, Luiz Mario; VANZELLA, Rafael. Contratos de garantia e garantias autônomas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 157, p. 44-69, jan./mar. 2011; e MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73.

<sup>21</sup> Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já distinguiu a garantia autônoma da fiança, afirmando sua autonomia ante as figuras tradicionais, bem como estabelecendo ser legal sua constituição por meio de contrato atípico (TJRJ, 16ª CC. Ap. Civ. nº 2007.001.15509. Rel. Des. Mauro Dickstein, j. 9.10.2007. *DJ*, 8 nov. 2007). Na ocasião, decidiu-se: "Em que pese a nomenclatura conferida à relação jurídica de direito material, seu conteúdo demonstra ser contrato atípico, que traz em seu bojo obrigação autônoma, sujeita única e exclusivamente à condição potestativa especificada, ocorrente. Acessoriedade que se afasta pelas circunstâncias específicas do caso concreto, uma vez que a autonomia decorre do simples direito de exigir o seu cumprimento, cabendo ser as exceções pessoais alvo de discussão entre a empresa garantida e a beneficiária, na medida em que, esse foi o espírito e a finalidade da garantia".

<sup>22</sup> Acerca da garantia autônoma, afirma-se que seria: "un engagement de payer une certaine somme, pris en considération d'un contrat de base et à titre de garantie de son exécution, mais constitutif d'une obligation indépendante du contrat garanti et caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat" (SIMLER, Philippe. *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 2000, n. 856 *apud* BORGA, Nicolas. *La*

o devedor alegue, por exemplo, que não houve inadimplemento, ou qualquer outra exceção em face do credor, a prestação da garantia não poderá ser recusada pelo garantidor, desde que observados os termos constantes no contrato que a instituiu.

Apenas em situações excepcionais, como no caso de fraude ou violação à ordem pública ou bons costumes, seria possível o não pagamento pelo garante.<sup>23</sup> Tal regra indica a necessidade de realização do pagamento do valor acordado sem se ater à relação base de onde surgiu a obrigação garantida. Ou seja, paga-se para somente depois discutir (*pay first, argue later*), sub-rogando-se o garante nos direitos do beneficiário, que tem sua relação extinta com o ordenador da garantia.<sup>24</sup> Ao propósito, a Convenção das Nações Unidas, em 1995, enumerou expressamente algumas poucas hipóteses que justificariam a recusa.<sup>25</sup>

*qualification de garantie autonome*. Mômeire D.E.A Droit Privé Fondamental, Université Jean Moulin – Lyon 3, 2000/2001. p. 2).

<sup>23</sup> MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 81-82. Na mesma direção, VASCONCELOS, Luis Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 131. Na França, os tribunais têm discutido se a nulidade do contrato principal seria capaz de levar à nulidade da garantia autônoma. A Corte de Apelação de Paris já afirmou: «que sans doute l'annulation du contrat de base entraînerait celle de la lettre de garantie, dont il constitue en effet la cause» (C.A. Paris 29 janvier 1981, D. 1981, p. 36). Por outro lado, no âmbito da Corte de Cassação, decidiu-se: «même si l'engagement (de la banque) avait pour cause le contrat (de base) dont la nullité était alléguée, en l'état, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation» (Cass.com. 20 décembre 1982, préc.). Em 1983, a despeito de toda a discussão em torno da matéria, ficou estabelecido que: «qu'une éventuelle nullité de l'obligation (du donneur d'ordre) à l'égard du bénéficiaire serait sans influence sur l'engagement indépendant (du contre-garant)» (Cass.com. 13 décembre 1983, D. 1984, page 420). Para análise mais profunda da matéria, BENMESSAOUD, Sofiane. *Les garanties des crédits bancaires*. Université D'Oran – Faculte de Droit: Ecole Doctorale, 2013. p. 84-85.

<sup>24</sup> “O garante tem interesse em efetuar o pagamento da dívida para adimplir a sua obrigação contratual com o devedor, que lhe contratou, e, assim, evitar de ser demandado pelo credor, a quem concedeu garantia. A hipótese se enquadra, portanto, dentro dos artigos 304 e 346, III ambos do Código Civil, de tal maneira que o garante, com o pagamento, se sub-rosa aos direitos e vantagens do credor. A solução aqui adotada é igual àquela do fiador que paga a dívida do afiançado, acarretando a substituição da pessoa do credor pelo fiador com as mesmas prerrogativas que aquele possuía, nos termos do art. 349 do Código Civil. Quando o garante efetua o pagamento no âmbito da garantia autônoma, por solicitação do credor, o garante se sub-rosa nos direitos do credor/beneficiário que foi pago, pois ele é terceiro interessado e, por isso, incide a regra previsto no inciso III do art. 346 do Código Civil” (MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 83).

<sup>25</sup> No âmbito da *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit*, 1996, o art. 19 dispõe: “Exception to payment obligation. (1). If it is manifest and clear that: (a) Any document is not genuine or has been falsified; (b) No payment is due on the basis asserted in the demand and the supporting documents; or (c) Judging by the type and purpose of the undertaking, the demand has no conceivable basis, the guarantor/issuer, acting in good faith, has a right, as against the beneficiary, to withhold payment. (2). For the purposes of subparagraph (c) of paragraph 1 of this article, the following are types of situations in which a demand has no conceivable basis:(a)The contingency or risk against which the undertaking was designed to secure the beneficiary has undoubtedly not materialized; (b)The underlying obligation of the principal/applicant has been declared invalid by a court or arbitral tribunal, unless the

Decorrência direta da liberdade contratual, a garantia autônoma se caracteriza, como antes anotado, pela *autonomia* que apresenta em relação à obrigação principal, ostentando importante diferença com relação ao modelo tradicional da fiança, a qual estabelece vínculo de acessoriedade para com a obrigação principal.<sup>26</sup> A rigor, embora ambas as garantias tenham natureza contratual e pessoal, afirma-se que a garantia autônoma configuraria negócio não acessório, o que permitiria diferenciá-la, portanto, do contrato de fiança.<sup>27</sup>

Em tal perspectiva, uma vez que a obrigação do garante, autônoma e própria, não se molda sobre a obrigação principal, seria perfeitamente possível que a garantia se mantivesse válida, mesmo diante da invalidade da obrigação principal; ou, plenamente viável que o valor da garantia viesse a ser superior ao da obrigação principal, já que não estaria essa nova figura adstrita à lógica própria da fiança. No âmbito dessa última, as conclusões seriam diferentes, conforme disposto nos arts. 823 e 824 do Código Civil,<sup>28</sup> por tratar-se de obrigação acessória, em que incide o princípio *accessorium sequitur principale*.<sup>29</sup> Decorre também desse princípio

---

undertaking indicates that such contingency falls within the risk to be covered by the undertaking; (c) The underlying obligation has undoubtedly been fulfilled to the satisfaction of the beneficiary; (d) Fulfilment of the underlying obligation has clearly been prevented by wilful misconduct of the beneficiary; (e) In the case of a demand under a counter-guarantee, the beneficiary of the counter-guarantee has made payment in bad faith as guarantor/issuer of the undertaking to which the counter-guarantee relates. (3). In the circumstances set out in subparagraphs (a), (b) and (c) of paragraph 1 of this article, the principal/applicant is entitled to provisional court measures in accordance with article 20" (CARR, Indira; GOLBY, Miriam. *International trade law statutes and conventions*. London and New York: Routledge, 2011-2013. p. 470-471).

<sup>26</sup> Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a fiança é "contrato por via do qual uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. Como contrato acessório, e essencialmente acessório, mesmo que ajustada a solidariedade, segue a sorte do principal – sequitur principale – mas não há identidade entre um e outro" (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. III. p. 469-470).

<sup>27</sup> Nessa direção, LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 125-126.

<sup>28</sup> Código Civil: "Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada. Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor. Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor".

<sup>29</sup> V. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1957. p. 185-207. Carvalho Santos afirma que, da natureza acessória do contrato de fiança resulta: "a) ela não pode abranger outros objetos além dos contidos na obrigação a que corresponde; b) será nula, se for nula essa obrigação, exceto o caso do art. 1.488; c) será civil ou comercial, conforma a dívida principal; d) o fiador não desonera o devedor principal, como o expromissor, que se substitui a este, pela novação; e) o fiador só responde pela prestação a que é obrigado o devedor e não outra, embora equivalente, salvo o caso do valor em dinheiro, pois que este é a medida de todas as coisas; f) não pode a fiança exceder a dívida principal, mas pode ser contraída em condições menos onerosas; g) sua forma externa, para constituição ou exoneração, deve regular-se pela obrigação principal; h) extingue-se pelas mesmas causas de extinção da obrigação principal" (SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. XIX. p. 434).

característica essencial evidenciada na fiança, concernente na possibilidade de o fiador opor ao credor as exceções que lhe são pessoais, bem como aquelas que competem ao devedor.<sup>30</sup>

Em contrapartida, parte da doutrina afirma que a garantia autônoma não pode ser considerada *abstrata*, visto que depende da existência da obrigação principal.<sup>31</sup> Ou seja, embora não fique vinculada à análise das exceções relacionadas ao contrato-base, e essa seja a grande diferença com relação à fiança, a garantia autônoma se sujeita à existência da obrigação principal. Em função disso, tratar-se-ia de obrigação *acessória*, iniciando-se e extinguindo-se com a obrigação principal. Para essa linha, a obrigação decorrente desse tipo de garantia pode ser chamada de acessória sem que ocorra sua desnaturalização, desde que presente vinculação específica do garantidor, que não poderá opor exceção do contrato principal, nem diferir o pagamento.

Em apoio a tal entendimento, argumenta-se que a garantia autônoma somente se constitui em razão da celebração do contrato-base, de modo que a diferença se encontraria não no critério da *acessoriedade*, mas sim na *autonomia*.<sup>32</sup> Segundo tal raciocínio, o fato de ser acessória, todavia, não significa que à garantia autônoma se aplicam as mesmas limitações dispostas em lei para regular a fiança. Ou seja, no caso da garantia autônoma, a acessoriedade não é absoluta, como ocorre na fiança.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Código Civil: “Art. Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor”.

<sup>31</sup> “É importante notar que a garantia *autônoma* não é garantia *abstrata*, de forma que permanece sujeita à existência de uma obrigação principal, embora imune às suas exceções. Portanto, ainda é obrigação *acessória*, assim entendida como a garantia que se inicia e se extingue com a obrigação principal. O aspecto relevante da garantia autônoma é que representa uma vinculação própria do garantidor, de forma que o garantidor não possa opor qualquer exceção do contrato principal, nem diferir o pagamento. Ainda, sendo as prestações do devedor e do garantidor distintas, este não assume a obrigação do devedor na hipótese de pagamento, o que seria característica da fiança” (SILVA, Fábio Rocha Pinto e. A fiança como uma garantia heterogênea do crédito. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 66, p. 79-95, out./dez. 2014).

<sup>32</sup> “Por essa razão que se fala em autonomia em relação à obrigação principal, pois é isso o que distingue a garantia autônoma de todas as demais garantias, e impede que os meios tradicionais de defesa sejam opostos com o fim de frustrar o recebimento pelo credor. Assim, eventuais vícios da obrigação principal não geram qualquer efeito sobre a garantia autônoma, que deve ser cumprida pelo garante, sob pena de violação do próprio contrato de garantia” (MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75).

<sup>33</sup> “Tanto isso é verdade que na garantia autônoma o garante não verifica se houve ou não inadimplemento por parte do devedor, e sim a não obtenção de uma vantagem patrimonial, como o lucro inferior ao programado, de tal maneira que não se analise um dever comportamental como ocorre no inadimplemento. Ou seja, basta ocorrer o fato, na sua materialidade, para nascer o direito ao recebimento da garantia” (MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75).

Sob ponto de vista semelhante, afirma-se que a garantia autônoma “desempeña função *instrumental* em relação ao direito de crédito, constituindo mecanismo voltado a assegurar a satisfação dos interesses do credor”.<sup>34</sup> Dito diversamente, a utilidade da garantia autônoma apenas surge no contexto de determinada relação obrigacional, “supondo, invariavelmente, um débito a ser garantido”. Isto é, a garantia autônoma não possui um fim em si mesma, constituindo-se em instrumento para a realização do crédito, razão pela qual há de ser entendida como acessória.<sup>35</sup>

Por esse motivo, a discussão em torno da acessoriedade perde espaço para fins de distinção, ressaltando-se, ao revés, tratar-se de garantia contratual à disposição das partes que visa reforçar o vínculo creditício, preservando-o em relação aos meios de defesa fundados na relação obrigacional principal. De fato, na identificação das garantias autônomas, em contraposição às garantias típicas, importa menos a controvérsia acerca da aplicação abstrata do critério da acessoriedade, e mais a busca pela concreta finalidade pretendida pelo arranjo de interesses estabelecido pelas partes.<sup>36</sup> Para tal fim, há que se perquirir a intenção declarada das partes com o ajuste: que a obrigação do garante não se encontre vinculada às exceções oponíveis à obrigação principal – configurando-se assim a garantia autônoma –, ou, diversamente, que ao garantidor seja possível invocar qualquer meio de defesa, inclusive relacionado ao contrato-base – hipótese em que se vislumbra o contrato de fiança.

Na direção oposta à distinção aludida, no intuito de fortalecer o vínculo da garantia, em fianças bancárias, tem-se excluído a possibilidade de o garantidor se valer de certas exceções típicas da fiança, que configuram o benefício de ordem. Em outras palavras, essas situações, em que há a incorporação de cláusulas que excluem a possibilidade de o garantidor se valer de diversas exceções típicas da fiança, acabam aproximando, na prática, a fiança da garantia autônoma. Nessas hipóteses, as cláusulas destacadas que assim disponham, não obstante inseridas

<sup>34</sup> RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 109.

<sup>35</sup> RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 108-109. Destaca o autor, entre outros fundamentos, que “o direito de regresso é uma evidente manifestação do vínculo de acessoriedade existente entre a relação obrigacional e a garantia autônoma, uma vez que revela que esta não tem um fim em si mesma, constituindo-se, ao reverso, em instrumento de realização do crédito”. Caio Mário da Silva Pereira, ao analisar a característica da acessoriedade, afirma que todo contrato de garantia será acessório, “porque pressupõe sempre a existência de obrigação principal, seja esta de natureza convencional, seja de natureza legal” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. III. p. 470).

<sup>36</sup> Em análise sobre o tema, Francisco de Assis Viégas afirma: “Independentemente da controvérsia quanto à acessoriedade da garantia autônoma, este contrato apresenta: (i) nítida relação de instrumentalidade funcional em relação ao contrato de base; e (ii) independência quanto ao contrato de base no que se refere à oponibilidade de exceções e até mesmo à invalidade” (VIÉGAS, Francisco de Assis. *Qualificação e controle de merecimento de tutela das garantias autônomas no direito brasileiro*. No prelo, gentilmente cedido pelo autor, p. 17).

em garantias intituladas “carta de fiança”, ou denominando de “fiador” a parte garantidora, geram obrigações equiparáveis às da garantia autônoma, importando mais a real destinação do acordo de vontades que a terminologia empregada.

O Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013, que propõe a Reforma do Código Comercial, e tramita no Senado Federal, identifica a figura da fiança bancária com a garantia autônoma, com cláusula de pagamento à primeira solicitação.<sup>37</sup> Na tentativa de regulamentação dos contratos empresariais, sobrepõem-se dois conceitos já reconhecidamente diversos, cada qual com sua própria função e lógica de aplicação, suscitando insegurança e desperdiçando-se a potencialidade oferecida pela função peculiar da garantia autônoma. O projeto de lei situa-se, portanto, em rota de colisão com a doutrina e a jurisprudência.

Em síntese, a *autonomia* em relação ao contrato-base será o critério fundamental mediante o qual será possível distinguir a garantia autônoma das demais figuras contratuais, notadamente da fiança, a garantia pessoal tipificada no Código Civil.

#### 4 Vantagens e limites das garantias autônomas

No que tange à estrutura do arranjo negocial, normalmente, identificam-se três contratos.<sup>38</sup> Em primeiro lugar, o contrato-base, celebrado entre credor e devedor, em que comumente constam as obrigações que devem ser garantidas por terceira pessoa; de outro lado, há o contrato celebrado entre devedor e a instituição financeira ou bancária garantidora, nascendo assim a garantia autônoma em benefício do credor garantido; e, ainda, pode ser firmado contrato entre a instituição garantidora e o credor garantido, que se beneficia da garantia no caso de

<sup>37</sup> PLS nº 487/2013: “Art. 533. A fiança bancária constitui garantia autônoma, com cláusula de pagamento à primeira solicitação, salvo se constar declaração expressa em contrário na carta. §1º O banco não pode recusar o pagamento da garantia autônoma, no limite por que se obrigou, alegando exceções referentes à obrigação base. §2º O devedor garantido não pode se recusar a pagar ao banco o valor devido em regresso, mesmo que considere inexistente o direito do favorecido. §3º O favorecido que requisitar indevidamente pagamento de garantia autônoma deve indenizar o devedor garantido por perdas e danos, que, em caso de dolo, compreenderá razoável indenização punitiva”.

<sup>38</sup> “É possível um quarto contrato entre duas instituições financeiras sempre que o credor exigir que o garante seja de um banco de sua nacionalidade. Assim, o banco de nacionalidade do devedor firma um contrato com o banco escolhido pelo credor, de sua nacionalidade, para que este lhe preste a garantia, hipótese essa muito comum no comércio internacional quando o banco garantidor não possui atuação no país de origem do credor” (MENDES, Eduardo Heitor da Fonseca. A garantia autônoma no direito brasileiro. In: MORAES, Maria Celina Bodin de; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau (Coord.). *Direito das garantias*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 78).

inadimplemento do devedor. Os contratos são autônomos entre si, devendo a garantia ser paga independentemente das defesas relacionadas ao contrato-base.<sup>39</sup>

Na relação estabelecida entre o credor garantido e o garantidor, chamada de relação de execução, vislumbra-se o compromisso deste último de prestar ao beneficiário a garantia nos exatos termos em que se obrigou perante o devedor do contrato-base. A garantia autônoma constitui-se, ainda, em contrato essencialmente sinalagmático, já que à garantia prestada pela instituição financeira contrapõe-se o pagamento de comissão pelo devedor.<sup>40</sup>

Conforme já evidenciado, trata-se de garantia pessoal que decorre de contrato atípico e, por isso, não há qualquer forma legalmente estabelecida para a celebração do contrato, embora haja quem aluda à necessidade da forma escrita no ato de declaração de vontade do vinculado à garantia autônoma, diante do intenso risco que alberga.<sup>41</sup> Surge para o garantido, assim, o direito ao recebimento do valor constante na garantia mediante simples demanda, sem que seja possível a oposição de defesas fundadas na relação obrigacional principal.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> “Deux contrats coexistent alors: le contrat de garantie lui-même, conclu entre le donneur d’ordre et le garant, qui prend appui sur le contrat de base liant le donneur d’ordre au bénéficiaire. Mais ces deux contrats sont, en principe, autonomes l’un par rapport à l’autre, ce qui explique que la garantie soit à première demande: elle doit être mise en oeuvre sans que le garant puisse notamment invoquer une exception tirée du contrat de base” (PICOD, Yves. *Droit des sûretés*. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2011. p. 213).

<sup>40</sup> Nessa direção, GALBETTI, Luiz Mario; VANZELLA, Rafael. Contratos de garantia e garantias autônomas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 157, p. 44-69, jan./mar. 2011. p. 61; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Qualificação e controle de merecimento de tutela das garantias autônomas no direito brasileiro*. No prelo, gentilmente cedido pelo autor, p. 33. Há, contudo, quem entenda de maneira diversa: “Estamos aqui perante um verdadeiro contrato, uma vez que se exige a aceitação do beneficiário, ainda que esta possa ser tácita nos termos gerais (art. 217). O contrato é, no entanto, de cariz unilateral ou não sinalagmático por criar apenas obrigações para o garante” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 128).

<sup>41</sup> A doutrina tem entendido ser descabida a aplicação analógica da forma estipulada legalmente para a fiança. De todo modo, alude-se à necessidade de que seja preconizada a forma escrita, em se tratando de contrato que envolve risco (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 127-128).

<sup>42</sup> Sobre a dinâmica das garantias autônomas, v. TEPEDINO, Gustavo; ROQUE, Andre; DIAS, Antônio Pedro Medeiros; VIÉGAS, Francisco de Assis; OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Garantias do crédito*. Rio de Janeiro; São Paulo; Brasília: Gustavo Tepedino Advogados, 2018. p. 78-84, em que se catalogam exemplos de cláusulas que ilustram a dinâmica de execução da garantia: “Cláusula X: A prestação da garantia pelo Banco condiciona-se: [...] à apresentação em boa ordem, ao Banco, de todos os documentos por este exigidos para a prestação da garantia, incluindo os documentos que descrevem integralmente a obrigação garantida, inclusive os contratos originários dessas obrigações”; “Cláusula Y: Caso o Banco seja chamado a satisfazer a garantia, não estará adstrito a prévia consulta ao Cliente para efetuar o pagamento das quantias devidas, nem estará obrigado a verificar a legitimidade da exigência que a respeito lhe for feita, sendo que somente deixará de honrar a garantia se houver ordem judicial expressa determinando a suspensão ou o não pagamento”; “Cláusula Z: O Banco, uma vez demandado a pagar o valor total ou parcial da garantia, efetuará tal pagamento, respeitado o disposto na cláusula W abaixo, pelo meio que venha a ser definido, no período determinado no preâmbulo e na garantia. O Banco não está obrigado a consultar previamente o Contratante, assim como não verificará a legitimidade da exigência

Distingue-se usualmente a garantia autônoma em duas modalidades: garantia autônoma simples e garantia autônoma à primeira solicitação, de acordo com as exceções oponíveis pelo garante. Por garantia autônoma simples entende-se aquela em que o credor, para exigir o cumprimento da obrigação do garante, deve provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito. Não o fazendo, o garante poderá legitimamente recusar o cumprimento da garantia.<sup>43</sup> Já nas garantias autônomas à primeira solicitação, mais frequentes na prática comercial, as partes fixam que o garante não irá opor qualquer exceção à exigência da garantia, devendo satisfazê-la imediatamente e sem discussão, uma vez que seja solicitado pelo credor.<sup>44</sup> Nesse caso, as exceções estariam adstritas à alegação de extinção da garantia ou de manifesto abuso do direito pelo credor.<sup>45</sup>

No que se refere à amplitude do objeto das garantias autônomas, não há, em linha de princípio, limites à variedade de negócios que podem ser garantidos. Ilustrativamente, é possível que se desenvolvam tendo por escopo-base contratos de *leasing*, compra e venda de ações, contratos de investimentos, entre tantos outros praticados com frequência em complexas relações comerciais.

Diante dessa diversidade de transações que podem ser objeto da garantia, desenvolveram-se diversas espécies de *standby letters*, com relevância meramente descritiva, sem que se altere a qualificação jurídica da garantia. Ilustrativamente, identificam-se as *bid bond standby*,<sup>46</sup> com escopo de garantir a obrigação do tomador (como uma construtora ou fornecedora de bens) no que tange à execução do contrato, caso vença licitação, com fins de assegurar o ente que realiza o

---

solicitada”; “Cláusula W: O Banco somente deixará de cumprir o disposto na cláusula Z nas hipóteses de: (i) entrega de documento emitido pelo Credor que desobrigue o Banco de realizar o pagamento solicitado; ou (ii) o Banco ser regularmente notificado a respeito de ordem judicial impedindo ou suspendendo o pagamento”.

<sup>43</sup> LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 129.

<sup>44</sup> Conforme explica Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, nesta modalidade “a obrigação do garante é estabelecida automaticamente perante a primeira exigência de cumprimento por parte do beneficiário, sendo vedado ao garante opor quaisquer exceções a essa exigência de cumprimento, a qual deve satisfazer de imediato, desde que naturalmente estejam a ser respeitados os termos estipulados para a exigência da garantia” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Garantias das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 129). Sobre o tema, também GALBETTI, Luiz Mario; VANZELLA, Rafael. Contratos de garantia e garantias autônomas. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 157, p. 44-69, jan./mar. 2011. p. 61-62).

<sup>45</sup> RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 108.

<sup>46</sup> Em outra sede, já se afirmou, sobre a *bid bond*: “destina-se a assegurar a manutenção de uma oferta, mesmo em caso de ela ser retirada pelo proponente. No edital da licitação (concorrência internacional), o licitante se compromete a firmar o contrato caso seja o vencedor do procedimento. É comum que se exija que o licitante obtenha garantia de cumprimento dessa obrigação de firmar o contrato e de não retirar ou alterar sua proposta durante o procedimento licitatório. [...] Desse modo, caso seja o vencedor da licitação e decida não executar o contrato, o valor garantido é executado pelo beneficiário, que se protege em face dos prejuízos decorrentes da recusa do licitante após a aceitação da proposta” (TEPEDINO, Gustavo; ROQUE, Andre; DIAS, Antônio Pedro Medeiros; VIÉGAS, Francisco de Assis; OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Garantias do crédito*. Rio de Janeiro; São Paulo; Brasília: Gustavo Tepedino Advogados, 2018. p. 81).

certame licitatório contra quebra dessas obrigações e evitar propostas frívolas; assim como a *performance bond*, que garante obrigações de fazer, gerando a obrigação de pagar pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento do tomador, visando-se ao ressarcimento das perdas causadas pelo tomador em virtude de mora ou inadimplemento absoluto; entre outras figuras.<sup>47</sup>

Sem embargo da diversidade de espécies desenvolvidas, a categoria geral das garantias autônomas, em sua unidade qualitativa, revela-se extremamente atrativa, na medida em que ao credor beneficiário é facultado obter o pagamento do valor garantido independentemente de eventuais divergências com o devedor no âmbito do contrato de base. Desse modo, a execução é “automática” e quaisquer eventuais divergências entre credor e devedor serão objeto de disputa após o recebimento pelo credor do valor garantido (*pay first, argue later*).<sup>48</sup> Com isso, apresentam-se como principais vantagens deste modelo de garantia a segurança, a liquidez, a agilidade e a simplicidade do ajuste.<sup>49</sup>

Interessante questão diz respeito à possibilidade de inserção de garantias autônomas em contratos de adesão, discutindo-se, conseqüentemente, a validade da cláusula de renúncia ao benefício de ordem. Como se sabe, em contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio, como dispõe o art. 424 do Código Civil.<sup>50</sup> Do ponto de vista genético, três elementos essenciais caracterizam o contrato de adesão: a predisposição, a unilateralidade e a rigidez.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Para o exame minucioso das diferentes categorias, v. TEPEDINO, Gustavo; ROQUE, Andre; DIAS, Antônio Pedro Medeiros; VIÉGAS, Francisco de Assis; OLIVA, Milena Donato; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. *Garantias do crédito*. Rio de Janeiro; São Paulo; Brasília: Gustavo Tepedino Advogados, 2018. p. 81.

<sup>48</sup> Nesse sentido, decisão recente do Tribunal de Justiça de São Paulo: “[...] A principal característica das garantias autônomas é a faculdade do beneficiário de exigir o cumprimento da obrigação garantida no momento que lhe convier, respeitadas as condições estabelecidas na própria garantia. Portanto, a autonomia e independência da obrigação assumida pelo banco se traduz na impossibilidade de este opor ao beneficiário as exceções do contrato subjacente para deixar de efetuar o pagamento. A obrigação assumida pelo banco equipara-se àquela existente num crédito documental irrevogável. Trata-se de uma obrigação em virtude da qual o banco garantidor obriga-se até um valor máximo, por um período determinado, à consecução de um resultado econômico, caracterizada pela independência em relação à obrigação garantida” (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. AI nº 2216816-78.2019.8.26.0000. Rel. José Araldo da Costa Telles, j. 10.8.2020. *DJe*, 10 ago. 2020.)

<sup>49</sup> “Les garanties autonomes présentent en effet de nombreux avantages: simplicité de leur mise en place, liquidité et disponibilité de la garantie, autonomie par rapport au contrat de base, automaticité de l’exécution” (PICOD, Yves. *Droit des sûretés*. Paris: Presses Universitaires de France – PUF, 2011. p. 212).

<sup>50</sup> Código Civil: “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

<sup>51</sup> Em doutrina, v. Pinto Monteiro: “Avultam, nesta noção, três características essenciais: a pré-disposição, a unilateralidade e a rigidez. São elas, a meu ver, as características essenciais que definem os contratos de adesão em sentido estrito” (MONTEIRO, Pinto. Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais: problemas e soluções. *Revista Trimestral de Direito*, Rio de Janeiro, v. 7, 2000. p. 6). Na doutrina italiana, cf. GENOVESE, Anteo. Condizioni generali di contratto. *Enciclopedia del Diritto*, Milano, v. VIII, 1961. p. 803: “In conclusione, elemento fondamentale delle condizioni generali è la volontà generale del predisponente in cui vengono insieme in considerazione lo scopo di quelle (uniformità), il modo proprio di formarsi (predisposizione) e quello di agire (rigidità) delle condizioni in parola”.

Por predisposição, entende-se a estipulação do conteúdo substancial do contrato anteriormente ao consenso formal. O instrumento negocial, que tradicionalmente sintetiza a negociação entre as partes, no contrato de adesão mostra-se substancialmente definido para o aderente quando toma conhecimento do contrato e deverá decidir pela contratação. Já a unilateralidade indica o fato de ser o instrumento contratual redigido por uma das partes ou por autoridade pública, em alguns casos, sem que a parte aderente concorra para a definição do conteúdo do contrato. Diante da proposta já integralmente formulada por uma das partes, ao aderente resta tão somente, segundo percepção popular intuitiva, *pegar ou largar*. Finalmente, caracteriza-se o contrato de adesão por rigidez ou inflexibilidade com que suas cláusulas, unilateralmente predispostas, se encontram impostas, insuscetíveis de alterações, supressões, modificações ou adaptações casuísticas.<sup>52</sup>

Tão logo presentes essas características, estar-se-á diante de contrato de adesão, que apresenta, de ordinário, conteúdo desequilibrado, revelando relação jurídica desigual. Esse desequilíbrio na repartição de deveres, riscos e responsabilidades corrobora a compreensão, pelo intérprete, de que efetivamente um dos contratantes ditou o conteúdo contratual à contraparte, sem que o aderente pudesse ter efetuado qualquer aditamento, modificação ou contraproposta.<sup>53</sup> E é justamente nesse contexto que se coloca a regra do art. 424, considerando abusivas as cláusulas impostas unilateralmente pelo estipulante que impliquem renúncia a direitos que, decorrentes dos elementos naturais do negócio,<sup>54</sup> revelam-se legitimamente esperados pelo contratante a quem não é dado discutir os termos no negócio.

<sup>52</sup> Registra Serpa Lopes: “A denominação de contrato de adesão [...] é a forma contratual pela qual as cláusulas contratuais são predispostas por um só dos futuros contraentes, imodificáveis pela outra parte, à qual só resta a alternativa ou de aceitá-lo integralmente ou de recusá-lo” (LOPES, Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. III. p. 224). Na doutrina francesa, cf. SAVATIER, René. *La théorie des obligations en droit privé économique*. Paris: Précis Dalloz, 1979. p. 147: “quand un contrat est proposé en bloc à l’acceptation intégrale de l’autre partie, il devient un contrat d’adhésion. Il manifeste, en général, une force économique dominante chez celui qui en impose les termes”.

<sup>53</sup> Anota Arnold Wald: “Contrato de adesão é aquele em que um dos contratantes ou ambos não têm a liberdade contratual para discutir os termos do contrato, podendo apenas aceitá-lo ou recusá-lo, atendendo-se à própria natureza do contrato ou a determinações legais que fixam as condições dos contratos de certo tipo. Trata-se de uma estandarização do contrato, no qual uma das partes impõe o conteúdo do contrato à outra, geralmente com a prévia aprovação das autoridades competentes, não havendo entre os contratantes a igualdade jurídica, mas devendo um deles aderir à proposta feita pelo outro, sem que tal solicitação admita qualquer aditamento, modificação ou contraproposta” (WALD, Arnold. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2000. p. 224).

<sup>54</sup> “Essa expressão *natureza do negócio* utilizada pelo legislador é objeto de controvérsia. Ao referir à natureza do negócio, deve-se entender que, para além de direitos essenciais ao tipo contratual sob exame, que já seriam, por definição, irrenunciáveis, o legislador vedou também a renúncia de direitos que constituam elementos naturais daquele tipo de contrato, ou decorrentes de usos contratuais em certo setor econômico ou região, isto é, direitos que, em contratos paritários, podem ser afastados pela vontade das partes. Dito diversamente, os elementos naturais do negócio são aqueles previstos pelo legislador, ou incorporados à normativa contratual pelas práticas contratuais, que terão incidência desde que não afastados pela autonomia privada” (TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. *Fundamentos do direito civil: contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 3. p. 80).

Diante de tais circunstâncias, a inserção de garantias autônomas não se mostra compatível com a lógica do contrato de adesão, importando em renúncia ao benefício de ordem, elemento natural do contrato de fiança tipificado pelo Código Civil.

## 5 Conclusão

Mostra-se significativa a importância social desempenhada pela garantia autônoma, especialmente no âmbito do acesso e proteção ao crédito, ao estimular as atividades econômicas e empresariais. Tal circunstância não deve, entretanto, servir de aparato legitimador de situações contrárias aos valores do ordenamento, a pretexto de suposta segmentação entre as relações civis e empresariais,<sup>55</sup> encontrando-se o sistema de crédito permeado pelos mesmos valores consagrados pelo constituinte e incidentes sobre a ordem econômica.

A atipicidade contratual, decorrente dos princípios da autonomia privada e da liberdade de contratar, estimula a prática de modelos de negócios não previstos pelo legislador, desde que merecedores de tutela, aos quais se aplicam igualmente os princípios e valores do ordenamento incidentes sobre os contratos típicos. Com respaldo no art. 425 do Código Civil, a garantia autônoma, nascida da prática comercial internacional, atribui maior segurança e densidade às relações empresariais, figurando como relevante instrumento em favor do tráfego negocial e do sistema de crédito.

Com sua admissibilidade e características singulares já amplamente reconhecidas no sistema brasileiro, coloca-se em pauta a disciplina das garantias autônomas em cotejo com os modelos típicos, à luz de suas peculiaridades próprias. Diante disso, há que evitar a incorporação à garantia autônoma da lógica de outras figuras jurídicas, como a fiança, não se podendo perder de vista a função que lhe é inerente e que a distingue no rol das garantias e instrumentos de promoção do crédito.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEPEDINO, Gustavo; PEÇANHA, Danielle Tavares. Contornos das garantias autônomas no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 275-290, abr./jun. 2021.

---

---

<sup>55</sup> Para a crítica à concepção setorial que aparta as situações empresariais dos princípios e cláusulas gerais do ordenamento, cf. TEPEDINO, Gustavo. Contratos empresariais na unidade do ordenamento. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, v. 3, p. 4-8, jan./mar. 2015.